

Menor. Estatuto da Criança e do Adolescente. Direito líquido e certo. Configuração.

- É preciso distinguir se a prestação do serviço público que se busca constitui mera política pública governamental ou obrigação que a própria Constituição Federal destacou como sendo vinculada e não mais discricionária do agente público.

- Se a obrigação tem fundamento na Constituição Federal e vem especificada na legislação estadual, cabível a análise pelo Judiciário, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

- Revela-se ilegal a negativa de efetivação da matrícula do menor no estabelecimento mais próximo de sua residência, cujo cadastramento restou devidamente demonstrado, porquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 53, inciso V, expressamente assegura o direito do impetrante.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0382.09.097566-7/001 - Comarca de Lavras - Remetente: Juiz de Direito da Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Lavras - Autor: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Réu: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Diretora da Escola Estadual Firmino Costa - Relatora: DES.ª SANDRA FONSECA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 17 de novembro de 2009. - *Sandra Fonseca* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SANDRA FONSECA - Cuida-se de reexame necessário da r. sentença prolatada nos autos do mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de ato da Diretora da Escola Estadual Firmino Costa, que concedeu a segurança pleiteada, para determinar a efetivação da matrícula do menor F.R.T. na escola mais próxima de sua residência.

Conheço do reexame, a teor do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Decorre do sistema republicano a liberdade de o agente público escolher entre um gasto ou outro, ou mesmo em não fazer gasto algum.

Mandado de segurança - Reexame necessário - Menor - Direito à educação - Garantia constitucional - Estatuto da Criança e do Adolescente - Estabelecimento de ensino - Matrícula - Indeferimento - Ilegalidade - Direito líquido e certo - Configuração

Ementa: Mandado de segurança. Educação básica gratuita. Tutela constitucional. Negativa de matrícula.

Nessa seara, por se tratar do modo de administrar do agente, o Judiciário não tem mesmo que impeli-lo a praticar qualquer ato, porquanto se trata de política pública e se insere na categoria dos atos administrativos discricionários.

Sucede que a própria Constituição Federal, e não o Judiciário, pode entender que determinada obrigação, na qual se ressalta o interesse social, retirando do campo da discricionariedade do agente e, assim, tornando-o ato, inicialmente discricionário, no campo do ato vinculado.

Por isso, é preciso diferenciar a mera política pública governamental da obrigação que a própria Constituição Federal destacou como sendo vinculada, e não mais discricionária do agente público.

Deve-se observar que a discricionariedade supõe a existência, de escolhas igualmente possíveis ao administrador, isto é, a irrelevância jurídica de uma opção em detrimento de outra.

Nesse raciocínio, a prestação educacional, em se tratando de ensino fundamental, consagrada na Constituição da República não se insere no âmbito da atuação discricionária da Administração Pública, porquanto a lei não oferece alternativas igualmente válidas, mas impõe dever, respaldada nas garantias fundamentais que constituem a base da República e do Estado Democrático de Direito.

Estabelece o texto federal, *verbis*:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[...]

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

[...]

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Como se vê, a Constituição da República não oferece alternativas viáveis, ou seja, inexiste possibilidade de opção pela prestação ou não dos serviços indispensáveis à educação básica das crianças e adolescentes.

Trata-se, pois, de atividade vinculada, que deve ser exercida de *lege ferenda*, razão pela qual o controle que se faz, *in casu*, é de legalidade.

Ao comentar a eficácia da norma constitucional que estabelece o dever do Estado de fornecer o acesso à educação, esclarece José Afonso da Silva:

[...] o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo

com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão de ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. A Constituição mesmo já considerou que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é direito público subjetivo; equivale reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente (in *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed.).

Assim, a determinação ao ente estadual para oferecer as vagas necessárias em escolas públicas não ofende o princípio da separação dos Poderes, porquanto cabe ao Judiciário zelar pelo fiel cumprimento da lei, sendo certo que o Administrador não pode se furtar do seu dever ao argumento de que a disponibilização de vagas na educação pública constitui escolha discricionária que lhe é creditada, visto que o mandato constitucional é juridicamente vinculante.

Alexandre de Moraes, com esteio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, AI nº 596.927-6/SP, de relatoria do Min. Celso de Mello, assevera:

O texto constitucional, além de proclamar a universalidade do direito à educação, consagra a opção pelo ensino fundamental, que deverá ser obrigatório e gratuito, pois, conforme salientado pelo Ministro Celso de Mello, 'a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. [...]' (in *Direito constitucional*. 24. ed.).

Via de consequência, a consagração legal do dever do Estado permite a intervenção judicial, a fim de se efetivar a garantia fundamental à educação básica dos jovens munícipes.

Este eg. Tribunal de Justiça assim já decidiu:

Educação - Ensino fundamental - Escola pública e gratuita - Matrícula - Direito constitucional - Dever do Estado. - A matrícula em escola pública e gratuita de ensino fundamental é direito constitucionalmente assegurado à criança e ao adolescente, que dele não pode ser privado por não ter sido inscrito no cadastro escolar. Consectariamente é dever do Estado assegurá-lo. - Inobservado esse dever, a determinação judicial do seu cumprimento não encerra suposta ingerência judiciária na esfera da Administração Pública, pois não há discricionariedade do administrador frente aos deveres consagrados. Nesse campo a atividade é vinculada. - Em reexame necessário, sentença confirmada, prejudicado o recurso voluntário. (TJMG - Processo nº 1.0024.06.988207-4/001 - Rel. Des. Nilson Reis - Publicação: 01.04.2008.)

Sendo assim, a matrícula do estudante menor é consectário do dever do Estado de fornecer a educação gratuita.

Nesse ponto, estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 53 - A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

[...]

V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Como se vê, resta assegurada, pela legislação infraconstitucional, a máxima proteção à criança e ao adolescente no que se refere à educação, razão pela qual a negativa da autoridade impetrada em efetivar a matrícula do menor F.R.T. no estabelecimento educacional mais próximo de sua residência contraria a garantia constitucional de acesso à educação, pelo que constitui ato ilegal, passível de tutela através do mandado de segurança.

Isso porque o impetrante cuidou de comprovar que efetuou devidamente o cadastramento escolar junto à rede pública (f. 18) e não conseguiu se matricular na escola mais próxima de sua casa.

Além disso, constam dos autos declarações do Conselho Tutelar junto ao Ministério Público estadual, que confirma as alegações do impetrante:

[...] desde o início do ano diversos pais têm procurado o Conselho Tutelar sob a alegação de que a matrícula de seus filhos menores na rede oficial de ensino foi negada pela Direção dos educandários; que a alegação dos Diretores é a falta de vaga; que tais escolas são as mais próximas às residências destas crianças e adolescentes; que o Conselho Tutelar de Lavras buscou solucionar a situação junto às escolas, mas as Diretoras das referidas instituições de ensino público, mais uma vez se negaram a efetuar a matrícula dos menores [...] (f. 14/17).

Assim, imperioso que se reconheça ao impetrante o direito ao ensino público e gratuito consagrado constitucionalmente, mormente porque não há qualquer indicio nos autos do excessivo número de alunos matriculados ou ausência de vagas junto à escola pretendida, nem mesmo qualquer providência no sentido de preservar o direito à educação do impetrante.

Dessarte, a pretensão do impetrante está amparada pela existência de direito líquido e certo, a quem providenciou seu cadastro para estudar na escola mais próxima de sua residência e tal direito lhe foi negado, o que evidencia a ilegalidade da autoridade impetrada, que deixou de garantir o ensino fundamental gratuito ao menor.

Vale ressaltar que o em. Des. Ernane Fidélis, ao relatar o Mandado de Segurança nº 1.0000.06.448120-3/000, concluiu:

Mandado de segurança. Direito à educação. Realização de

matrícula escolar no ensino fundamental da rede pública em escola próxima à residência do aluno. Cadastramento devidamente realizado. Direito líquido e certo. Segurança concedida. - Havendo o impetrante comprovado que realizou o cadastramento exigido, é seu direito ser matriculado em escola pública mais próxima de sua residência. Segurança concedida. (TJMG - Processo nº 1.0000.06.448120-3/000 - Rel. Des. Ernane Fidélis - Publicação: 21.11.2007.)

A jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça vem reconhecendo:

Mandado de segurança - Matrícula em escola pública - Menor - ECA - Educação - Direito fundamental. - Não pode o Município erguer barreiras burocráticas, ensejando obstaculizar ou mesmo impedir o acesso de menores carentes em escolas públicas, visto que a educação é direito fundamental, assegurado pela Constituição Federal, e não pode ser restringido. (TJMG - Processo nº 1.0713.08.083910-1/001 - Rel. Des. Wander Marotta - Publicação: 17.03.2009.)

Mandado de segurança com pedido liminar - Matrícula de menor em local mais próximo à sua residência - Estatuto da Criança e Adolescente - Art. 53, V. - O direito à educação é assegurado pelos arts. 205 e 208 da Constituição Federal. O art. 53, V, do ECA, Lei 8.069/90, assegura que a criança e o adolescente tem direito à escola pública em lugar próximo à sua residência. Não demonstrada a absoluta impossibilidade de atendimento a esse direito, deve ser respeitado. (TJMG - Processo nº 1.0702.07.343930-0/001 - Rel.º Des.º Vanessa Verdolim Hudson Andrade - Publicação: 21.08.2007.)

Com essas considerações, no reexame necessário, confirmo a r. sentença prolatada.
É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ERNANE FIDÉLIS e EDILSON FERNANDES.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.